Sygn. akt: KIO 3696/25

WYROK

Warszawa, dnia 10 października 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Andrzej Niwicki

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 października 2025 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 września 2025 r. przez wykonawcę T-Mobile Polska S.A.Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie z udziałem wykonawcy Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża T-Mobile Polska S.A.z/s w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - sądu zamówień publicznych.

Przewodniczący:…….....

Sygn. akt: KIO 3696/25

Uzasadnienie

Zamawiający: Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji RolnictwaWarszawa prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Zakup usług telekomunikacyjnych MPLS na 24 miesiące wraz z prawem opcji na kolejne 23 miesiące”, numer ref. DZP.2610.9.2025, Ogłoszenie opublikowano 13 maja 2025 r. w Dzienniku Urzędowym UE - nr publikacji: 303693-2025, nr Dz.U. S: 91/2025.

Odwołujący: T-Mobile Polska S.A. Warszawa wniósł 1 września 2025 r. odwołanie.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, że naruszono następujące przepisy ustawy pzp:

1.art. 18 ust. 1 i 3 w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („uznk”) przez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia wyjaśnień złożonych przez Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie(„Orange” lub „Wykonawca”) w dniu 5 sierpnia 2025 r. zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, pomimo braku wykazania, iż informacje te: stanowią tajemnicę w przedsiębiorstwie Orange, posiadają wartość gospodarczą oraz zawierają informacje o charakterze technicznym, technologicznym lub organizacyjnym dotyczącym Wykonawcy, a także pomimo braku wykazania, że Wykonawca podjął wobec tych informacji działania mające na celu zachowanie ich w poufności;

ewentualnie – z ostrożności procesowej w przypadku uznania przez Izbę, że ww. zarzut podlega oddaleniu:

2.art. 224 ust. 1 i 2 w zw. z art. 224 ust. 5 w zw. z art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 przez zaniechanie odrzucenia oferty Orange, pomimo że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a Orange w złożonych wyjaśnieniach nie wykazał, że cena, jaką zaoferowało za wykonanie zamówienia nie jest rażąco niska i umożliwia wykonanie zamówienia zgodnie z wymaganiami określonym w warunkach zamówienia (nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny).

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2.powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów podniesionych w odwołaniu;

3.odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu dokumentów objętych przez Orange ochroną jako tajemnica przedsiębiorstwa tj. odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Orange w dniu 5 sierpnia 2025 r. (zarówno utajnionych fragmentów pisma jak i załączników);

ewentualnie (tj. na wypadek, w którym Krajowa Izba Odwoławcza uznałaby, że nie istnieją podstawy do odtajnienia tego dokumentu):

4.uznanie, że oferta Orange zawiera rażąco niską cenę;

5.odrzucenie oferty Orange.

Wniósł o powołanie biegłego z zakresu telekomunikacji, w szczególności w obszarze sieci MPLS oraz o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność wykazania, że Orange nie ujął w cenie wszystkich kosztów niezbędnych dla należytego zrealizowania zamówienia.

Odwołujący złożył ofertę, która uplasowała się na drugim miejscu w rankingu. Gdyby Zamawiający prawidłowo ocenił wyjaśnienia Orange, to oferta Orange zostałaby odrzucona, a oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Podobnie rzecz ma się z tajemnicą przedsiębiorstwa – brak prawidłowej oceny stosownych dokumentów Orange utrudnia Odwołującemu złożenie odwołania i zakwestionowanie oferty Orange. Ewentualne odtajnienie dokumentów, o które wnioskuje Odwołujący, pozwoli dokonać szczegółowej ich kontroli i wskazać na inne potencjalne nieprawidłowości. Odwołujący posiada zatem legitymację do wniesienia odwołania.

Stan faktyczny.

Do momentu upływu terminu składania ofert w Postępowaniu złożono 3 oferty. Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia podstawowego 11 742 476,67 zł brutto.

Zamawiający 24 lipca 2024 r. wezwał Orange, do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

W odpowiedzi Orange 5 sierpnia 2025 r. złożył wyjaśnienia ceny. Wykonawca zastrzegł część Wyjaśnień jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Zastrzeżenie to, dokonane w szczególnie newralgicznych miejscach wskazujących na konkretne koszty, ich wysokość, przyjętą czasochłonność, ma jedynie na celu uniemożliwienie Odwołującemu kontroli prawidłowości dokonanej przez Orange kalkulacji, a nie ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa.

Orange nie wykazał, iż zaoferowana przez tego Wykonawcę cena nie jest rażąco niska.

Zaniechanie odtajnienia wyjaśnień ceny Orange.

Odwołujący, po zapoznaniu się z jawną częścią wyjaśnień udzielonych przez

Orange, stoi na stanowisku, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcę zostało dokonane z naruszeniem prawa. Orange nie wykazał, aby względem zastrzeżonych przez niego informacji spełniły się warunki umożliwiające utajnienie informacji zgodnie z przepisami.

Zastrzeżenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia danych informacji jako niejawnych stanowi wyjątek od reguły. Podmioty startujące w takich postępowania powinny mieć na uwadze przypisane im ustawowe obowiązki związane ze skutecznym zastrzeżeniem danej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Obowiązki te wynikają przede wszystkim z przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Orange nie sprostał obowiązkowi wykazania, że zastrzeżone przez niego informacje stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa. Z tego względu powinny one zostać odtajnione.

Orange nie wykazał również wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji. Wskazano argumentację z przytoczeniem treści wyjaśnień odtajnionych.

Zarzut dot. rażąco niskiej ceny oraz nieprawidłowej oceny Wyjaśnień złożonych przez Orange – zarzut ewentualny.

Odwołującemu nie została udostępniona najistotniejsza część Wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Orange. Powyższe uniemożliwia Odwołującemu szczegółowe odniesienie się do Wyjaśnień i argumentacji w nich przedstawionej. Niemniej jednak w przypadku oddalenia przez Izbę zarzutu dotyczącego zaniechania odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny Orange oraz biorąc pod uwagę, że cena zaoferowana przez Orange ma charakter rażąco niskiej, co powinno skutkować odrzuceniem oferty złożonej przez tego wykonawcę, należy stwierdzić, że Zamawiający dokonał nieprawidłowej oceny wyjaśnień prowadzącej do uznania, że oferta złożona przez Orange nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 224 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp.

Wyjaśnienia złożone przez Orange są lakoniczne i sztampowe. Mogłyby one zostać złożone w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Powoływanie się na potencjał techniczno-organizacyjny i ludzki, wiedzę i doświadczenie, posiadanie uprawnień, dokumentów, zgód i certyfikatów niezbędnych do świadczenia usług, to okoliczności, na które z całą pewnością może powołać się każdy z operatorów, którzy złożyli ofertę w Postępowaniu.

Odwołujący przed terminem składania ofert dokonał analizy warunków technicznych we wszystkich Lokalizacji

wskazanych w OPZ. Z analizy tej wynika, że w min. 23 lokalizacjach, w których Odwołujący nie posiada łącza światłowodowego (a wcale nie oznacza to, że Orange posiada łącza światłowodowe we wszystkich lokalizacjach, w których dysponuje nimi Odwołujący), mogą powstać problemy z realizacją dostępu światłowodowego lub powstanie konieczność budowy przyłącza. Chodzi o lokalizacje z pozycji 11, 14, 28, 31, 34, 36, 40, 68, 70, 108, 117, 138, 143, 144, 171, 206, 207, 216, 245, 269, 277, 296, 309 załącznika nr 2 do Umowy (ze zrzutów z narzędzia Orange ISI-POKO pokazującego dostępność kanalizacji i słupów Orange w danej lokalizacji, wynika, że również Orange z dużym prawdopodobieństwem nie ma w tych lokalizacjach infrastruktury). Nawet jeżeli wśród tych 23 lokalizacji jest 6, w których Orange światłowodu nie zaoferował, to w co najmniej 17 lokalizacjach Orange będzie musiał dokonać inwestycji w postaci realizacji niezbędnej infrastruktury (Orange zaoferował bowiem 303 z 328 łącza światłowodowe).

Orange wskazał w Wyjaśnieniach, że „lokalizacje objęte przedmiotem zamówienia znajdują się na obszarach miejskich, dobrze zurbanizowanych, gdzie infrastruktura, którą Wykonawca planuje wykorzystać do uruchomienia łączy, nie będzie w większości polegała na budowie całkowicie nowej infrastruktury, a na modernizacji, rozbudowie lub rekonfiguracji już istniejącej infrastruktury." (a więc Orange przyznał, że zakłada budowę części łączy).

Takie inwestycje znacząco podnoszą koszty realizacji zamówienia i wydłużają proces wdrożenia. Zwracamy uwagę, że w ofercie dot. zapewnienia światłowodu jaką Orange złożył Odwołującemu wynika, że w przypadku braku zasobów światłowodowych, a co za tym idzie konieczności budowy doziemnie i w kanalizacji do szafy, czas realizacji takiej inwestycji przez Orange wynosi 36 tygodni, czyli znacznie więcej niż 4 miesiące jakie ma Wykonawca w Postępowaniu. W ocenie Odwołującego, biorąc pod uwagę liczbę łączy światłowodowych i kablowych lub radiowych jakie zadeklarował Orange, termin wdrożenia oraz fakt, że wdrożenie wypadnie zapewne w okresie zimowym, wysoce prawdopodobne jest, że termin wdrożenia nie zostanie dotrzymany.

Podkreślenia wymaga, że ciężar dowodu spoczywa na wykonawcy, który został wezwany do złożenia wyjaśnień. W świetle dyspozycji art. 224 ust. 5 i 6 Pzp, wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 Pzp rodzi domniemanie, iż cena oferty jest rażąco niska.

Z uwagi na to, że Odwołujący nie ma dostępu do kluczowej części Wyjaśnień, Izba powinna szczególnie skrupulatnie zbadać Wyjaśnienia Orange, ocenić na ile przedstawione uzasadnienie potwierdza rynkowy charakter oferty, czy podane informacje znajdują uzasadnienie w przedstawionych dowodach.

Orange nie udźwignął ciężaru dowody w zakresie wykazania, że cena jego oferty nie jest rażąco niska. Wykonawca w ogóle pominął część kosztów, a w zakresie kosztów inwestycyjnych (z dużym prawdopodobieństwem) nie pokazał kosztów w zakresie każdej z lokalizacji, co uniemożliwia (nawet Zamawiającemu, który ma dostęp do całości Wyjaśnień) weryfikację, czy koszty te są realne. W ocenie Odwołującego cena oferty Orange została zaniżona i nie pokrywa wszystkich kosztów realizacji zamówienia.

Zamawiający: w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

Uznał, iż Odwołujący uzasadniając w tej części zarzut wskazuje na rzekome pominięcie w załączonych przez Przystępującego dowodach „kategorii informacji, które zostały zastrzeżone w Wyjaśnieniach" bezzasadnie. Pomija bowiem treść owych dokumentów, swój wywód w tym zakresie sprowadzając do prostego zaprzeczenia istnienia w nich kategorii informacji zastrzeżonych w Wyjaśnieniach.

Zamawiający wskazuje, że Odwołujący w powyższym zakresie sprowadza uzasadnienie zarzutu do zaprzeczenia istnienia w treści ww. dokumentów jakichś kategorii informacji zupełnie ogólnikowo, nie wskazując zupełnie niczego w zakresie tego o jakie konkretnie informacje należące rzekomo do jakich kategorii informacji nie wymienionych w ww. dokumentach Odwołującemu chodzi.

Zamawiający wskazuje, iż w jego ocenie katalog informacji wymienionych w dokumentach stanowiących dowody załączone do Wyjaśnień na fakt podjęcia stosownych działań w celu zachowania zastrzeżonych informacji w poufności pokrywa zakres informacji zastrzeżonych w Wyjaśnieniach. Tym samym owe dokumenty są dowodami na fakt podjęcia takich działań, w konsekwencji czego należy uznać, iż Przystępujący uczynił zadość obowiązkowi wykazania ich podjęcia.

Zamawiający podnos, że co prawda Orange w uzasadnieniu objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa nie wskazał enumeratywnie, iż sama pracochłonność jest nią objęta, ale wykazał to w samej treści Wyjaśnień, oznaczając ją treścią „tajemnica Orange Polska S.A. – confidential".

Tym samym, w obliczu wskazania łącznej kwoty na przygotowanie dokumentacji w części jawnej wyjaśnień, niezastrzeżenie informacji dotyczących pracochłonności skutkowałoby wprost ujawnieniem informacji o stawkach

godzinowych specjalistów zatrudnionych w Orange. Znając pracochłonność oraz wartość całkowitą zadania, wszyscy zainteresowani bez trudu byliby w stanie wyliczyć stawkę godzinową specjalistów, zastrzeżoną jako informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa. Innymi słowy – ujawnienie zakładanej pracochłonności prowadzi wprost do ujawnienia zastrzeżonej informacji o stawkach specjalistów. Tym samym należy uznać, że informacja o pracochłonności jest elementem zastrzeżonego zbioru informacji dotyczących stawek specjalistów.

Nota bene – fakt niezastrzeżenia łącznej kwoty kosztów związanych z przygotowaniem dokumentacji przez Przystępującego potwierdza, iż dokonane przez niego zastrzeżenia jak i ocena ich dokonana przez Zamawiającego są prawidłowe. Ograniczone są bowiem wyłącznie do niezbędnego zakresu informacji. Nie została zaś zastrzeżona informacja co do łącznych kosztów, co pozwala konkurentom Przystępującego (w tym Odwołującemu) na ocenę tego, czy owa kwota jest realistyczna, czy też zaniżona.

Zauważenia wymaga, iż Odwołujący wskazuje, że: „Sama informacja o wysokości stawek nie stanowi jednak wartości gospodarczej, jeśli nie wynika z wyjątkowych relacji handlowych lub indywidualnie wypracowanych mechanizmów negocjacyjnych". Tym samym sam Odwołujący wskazuje, że jeśli taka informacja wynika z wyjątkowych relacji handlowych lub indywidualnie wypracowanych mechanizmów negocjacyjnych, to takie zastrzeżenie tych informacji jest dopuszczalne.

Uzasadnienie zastrzeżenia informacji podane przez Przystępującego zawiera wskazania w tym zakresie dotyczące pozyskiwania przez niego specjalistów. Tym samym powyższe własne twierdzenia Odwołującego potwierdzają zasadność i skuteczność dokonanego przez Przystępującego zastrzeżenia. Odwołujący w żaden sposób nie kwestionuje tego, iż stawki specjalistów zatrudnianych przez Przystępującego są właśnie wynikiem stosowania „indywidualnie wypracowanych mechanizmów negocjacyjnych", co wobec przyznania, iż taka okoliczność uzasadnia dokonanie zastrzeżenia informacji, potwierdza bezzasadność zarzutu w tym zakresie.

Wymaga podkreślenia, iż Odwołujący, odnosząc się szeroko do tych elementów uzasadnienia zastrzeżenia, które referują do ryzyka „podkupienia" specjalistów, pominął element tego uzasadnienia referujący do kwestii potencjalnego „dostosowania cen ofertowych konkurencyjnych wykonawców w innych postępowaniach do kosztów, jakie ponosi Wykonawca". Skutkuje to koniecznością uznania, iż Odwołujący w ogóle nie objął zarzutem tego aspektu uzasadnienia zastrzeżenia, a tym samym, wobec niezakwestionowania tego – samodzielnego elementu – nawet w razie uznania zasadności wywodów Odwołującego w zakresie dotyczącym „podkupywania", zastrzeżenie owo i tak należy uznać za skuteczne wobec braku zakwestionowania pozostałych elementów owego uzasadnienia zastrzeżenia.

To samo należy stwierdzić wobec niezakwestionowania elementów uzasadnienia referujących do ewentualnego „dokonania przez konkurencyjne podmioty zmian w swoich strukturach organizacyjnych, w celu zapewnienia efektywniejszej polityki płacowej, co spowodowałoby nieuzasadnioną przewagę konkurencyjną, gdyż wiedzę tą podmioty te uzyskałyby za darmo, podczas gdy wypracowanie wynikające ze struktury płac przewagi rynkowej wymagało od Wykonawcy długiego czasu i nakładów finansowych" (vide: str. 18 Wyjaśnień i brak jakiegokolwiek odniesienia w uzasadnieniu zarzutu Odwołania).

Co prawda w treści samych wyjaśnień Orange nie wskazał, iż tego typu działania miały już miejsce, jednakże w ocenie Zamawiającego jest to kwestia drugorzędna. Istotne jest, iż pozyskanie takiej informacji przez konkurentów faktycznie mogłoby ułatwić konkurencji „podkupywanie" pracowników i w ten sposób zaburzyć funkcjonowanie Przystępującego na rynku. W ocenie Zamawiającego dla wykazania zasadności zastrzeżenia chronionej informacji nie jest konieczne wykazanie faktycznego zajścia incydentu polegającego na jej naruszeniu, czy nieuprawnionym wykorzystaniu. Nie jest też konieczne dla wykazania zasadności zastrzeżenia wykazanie, iż miała miejsce w przyszłości szkoda pozostająca w związku przyczynowym z ujawnieniem zastrzeganej informacji. Stanowisko Odwołującego prowadzi do konieczności przyjęcia, w ocenie Zamawiającego nieakceptowalnego, założenia, iż dokonanie zastrzeżenia informacji jest dopuszczalne jedynie w przypadku, w którym zastrzegający poniósł już szkodę wywołaną brakiem zastrzeżenia podobnej informacji bądź faktycznie miały miejsce zdarzenia mogące ją wywołać. Oznaczałoby to w konsekwencji brak możliwości ochrony jakichkolwiek informacji w przypadku, w którym uprzednio w stosunku do danego przedsiębiorcy nie dokonano lub nie usiłowano dokonać czynności mogących wywołać u niego szkodę. Tego rodzaju stanowisko prezentowane przez Odwołującego stoi w oczywistej sprzeczności z celem regulacji ustawowej dopuszczającej ochronę informacji mających wartość gospodarczą.

Zamawiający wskazuje też, iż z treści „Zarządzenia nr 6/24 Dyrektora Bezpieczeństwa i Compliance – S.C. z dnia 22.03.2024 r. w sprawie Wykazu informacji chronionych stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w Orange Polska S.A." wynika, iż dokumenty i informacje HR w zakresie informacji kadrowo-płacowych stanowią dla Orange informacje poufne i są objęte specjalnym nadzorem w zakresie bezpieczeństwa.

Wiedza o stawkach na danych stanowiskach pozwala w szczególności na ocenę tego, jakiego rzędu stawki należy zaoferować pracownikom Przystępującego, aby skłonić ich do odejścia do innego podmiotu. Okoliczność podnoszona przez Odwołującego, że „dany specjalista może mieć szczególną umowę" nie zmienia w tym zakresie niczego. Odwołujący nie wykazuje w żaden sposób w szczególności tego, aby faktycznie takie okoliczności miały miejsce.

Odwołujący wywodzi „(…) że w dniu 9 maja 2025 r. Sejm uchwalił nowelizację Kodeksu pracy, która wprowadza obowiązek jawności wynagrodzeń na etapie rekrutacji. Biorąc pod uwagę, że Orange powołuje się na stawki pracowników etatowych, wskazuje na zatrudnienie etc., to stawki takie niebawem i tak będą musiały podlegać ujawnieniu. (…)". W ocenie Zamawiającego argumentacja ta nie może mieć z oczywistych względów zastosowania w sprawie niniejszej, wobec tego, iż referuje do przepisów, które nie obowiązują.

Kolejnym elementem kwestionowania zastrzeżenia informacji dotyczących wynagrodzeń pracowników Przystępującego, jest to, iż Przystępujący wskazując wartość gospodarczą na poziomie 9.600.000 zł netto rocznie, nie przedstawił z czego wynika owa kwota.

Wskazać należy, że ustawodawca nie wskazał progu kwotowego, od którego daną informację należy traktować jako posiadającą wartość gospodarczą, a poniżej którego nie.

Zasadności zarzutu nie potwierdza także i zawarta w pkt 25 Odwołania argumentacja dotycząca tego, że w części jawnej Wyjaśnień wskazano przyjęte do wyceny łączne koszty związane z opracowaniem dokumentacji. Sama ta wartość bowiem bez danych co do przyjętej pracochłonności nie pozwala na ustalenie stawek specjalistów u Przystępującego. W żaden sposób też argument ten nie wskazuje na to, że sam Przystępujący traktuje stawki czy pracochłonność jako jawne czy też na to, że nie podjął on wystarczających środków w celu zachowania tych informacji w poufności. Nasuwa się wręcz tu nawet pytanie – skoro Odwołujący twierdzi, że na str. 5 rzekomo ujawniono informacje, których ujawnienia się on domaga, to jaki jest w ogóle sens żądania przez niego ujawnienia owych rzekomo ujawnionych informacji. Oczywistym jest, iż nie są to te same informacje, zaś rzeczone wywody Odwołującego są konstruowane jedynie na użytek podania uzasadnienia zarzutu (w sposób oczywisty w tym zakresie uzasadnienia wadliwego).

Odwołujący wskazuje, iż odtajnienie informacji o otrzymanych ofertach w żaden sposób nie wpłynie na pozycję Orange na rynku i z tego tytułu żaden inny Wykonawca nie osiągnie żadnych korzyści. Odwołujący wskazał, że: „Orange powołuje się w wyjaśnieniach na wieloletnią współpracę z dostawcami urządzeń sieciowych i uzyskane z tego tytułu rabaty. Skoro rabaty te są wynegocjowane indywidualnie, oferty „są wyrazem współpracy i ramowych porozumień, między Wykonawcą a podwykonawcami i dostawcami. Możliwość pozyskania usług od podwykonawców i produktów od dostawców na preferencyjnych warunkach wynikających z długotrwałej współpracy i wypracowanych relacji biznesowych" (str. 19 Wyjaśnień), to uprawnione jest twierdzenia, że żaden inny wykonawca nie będzie w stanie uzyskać takich rabatów, a co za tym idzie takich cen za sprzęt. Ceny urządzeń wynikają bowiem z indywidualnych przymiotów – długoletniej współpracy, wolumenu zamówień, rozumień ramowych, wypracowanych relacji biznesowych oraz wynikających z tego rabatów, a samo poznanie przez Odwołującego czy innych wykonawców wysokości tych cen nie spowoduje, że będą im przysługiwały takie same rabaty i preferencyjne warunki oraz że będą mogli zaoferować takie same lub niższe ceny. Orange nie poniesie więc szkody w związku z ujawnieniem wysokości cen urządzeń, które będzie dostarczał na potrzeby realizacji zamówienia".

Nie sposób się zgodzić z Odwołującym w tym zakresie. Nie są to informacje powszechnie dostępne – próżno szukać tego typu informacji na stronie www Orange czy też w broszurach i ulotkach (tego rodzaju informacji nie znajdziemy również na stronie www Odwołującego).

Ceny zawarte w przedmiotowych ofertach są wynikiem indywidualnych negocjacji pomiędzy Przystępującym a jego kontrahentami poprzedzonych wieloletnią współpracą i wypracowanych relacji biznesowych.

Ujawnienie tego typu informacji mogłoby w konsekwencji doprowadzić do ujawnienia polityki sprzedażowej kontrahentów Przystępującego na danym rynku. Wskutek powyższego konkurencja znając ceny urządzeń mogłaby dostosować swoje własne strategie negocjacyjne w zakresie pozyskiwania przedmiotowych urządzeń.

Oczywistym jest, że wiedza o poziomie rabatów czy upustów udzielanych Przystępującemu będzie użyteczna w toku własnych rozmów prowadzonych z tymi samymi lub innymi dostawcami przez inne, konkurujące z Przystępującym podmioty. Zarówno w zakresie wiedzy co do tego, jaki poziom cenowy jest możliwy do osiągnięcia (skoro jest stosowany w odniesieniu do Przystępującego), jak i co do tego, jaki poziom wynegocjowanych cen uprawdopodabnia bądź wręcz zapewnia uzyskanie przewagi konkurencyjnej nad Przystępującym. Nota bene Przystępujący wskazał w uzasadnieniu zastrzeżenia na te powody dokonania zastrzeżenia (str.18, 19 Wyjaśnień), co Odwołujący ignoruje.

Niewykluczone, iż w przypadku ujawnienia tego rodzaju informacji Przystępujący, poza utratą zaufania, mógłby się narazić również na utratę wszelkich rabatów uzyskanych w wyniku wieloletniej współpracy z producentem (dystrybutorem) sprzętu.

Odwołujący wskazuje, iż Przystępujący zastrzegł tylko informacje w zakresie kosztów zakupu urządzeń oraz ich konfiguracji, natomiast nie zastrzegł informacji w zakresie dostawców i podwykonawców, od których pochodzą dołączone do wyjaśnień oferty. Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego, informacje te powinny zostać odtajnione.

Zamawiający wskazuje, iż Odwołujący nie podaje jakiegokolwiek uzasadnienia co do tego, jakie może mieć znaczenie dla dokonania przez niego weryfikacji oferty Przystępującego samodzielnie informacja dotycząca dostawców urządzeń. Zamawiający podnosi, iż w tym zakresie nawet gdyby uznać, iż doszło do przypisywanego Zamawiającemu naruszenia, to nie ma i nie może ono mieć wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Trudno sobie wyobrazić jaką wartość dla Odwołującego może mieć informacja o tym, od kogo zostaną zakupione urządzenia na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia. Co więcej, Orange w swoich wyjaśnieniach powołuje się na uzyskane korzystne warunki, w związku ze współpracą z firmą CISCO, wskazując, iż jest partnerem o statusie Gold Provider oraz Gold Integrator (dowody nr 3 i 4), co daje pewną informację z kim Orange miałby współpracować przy realizacji przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący wskazuje, iż „Orange wskazał również, że załączone oferty zawierają informacje o konfiguracji - „treść oferty pozwala innym wykonawcom, na zapoznanie się z wybranymi przez Wykonawcę rozwiązaniami technicznymi, które pozwalają na wykonanie zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego w sposób pozwalający zaoferować korzystna cenę." (str. 19 Wyjaśnień). Skoro wykonawcy są zobowiązani do zaoferowania rozwiązań spełniających wymagania adekwatne do konkretnych wymagań zamawiającego, które zależą od właściwości konkretnego zamawiającego i jego sieci, to informacja na temat konfiguracji na potrzeby danego Postępowania nie będzie miała wpływu na inne postępowania. Ujawnienie tych informacji nie spowoduje zatem straty po stronie Orange, ani nie przysporzy zysku innym wykonawcom, w tym Odwołującemu. Informacje te nie stanowią więc tajemnicy przedsiębiorstwa, a Wykonawca nie wykazał wobec nich wartości gospodarczej. Ich utajnienie służy wyłącznie uniemożliwieniu pozostałym wykonawcom weryfikacji zgodności oferty z warunkami zamówienia.

Zwracamy uwagę, że o ile w powyższym zakresie Orange traktuje konfigurację jako tajemnicę przedsiębiorstwa, o tyle na str. 9 Wyjaśnień w części jawnej zamieścił opis sposobu świadczenia usługi teletransmisji danych."

Należy wskazać, iż na str. 9 wyjaśnień, wskazane zostały tylko ogólne informacje dotyczące realizacji zamówienia, które znajdują się w samej SWZ, a nie informacje dotyczące konkretnych urządzeń oraz ich konfiguracji, które można znaleźć w treści ofert i które mogą mieć znaczenie dla Orange i stanowić wartość gospodarczą.

Zamawiający wskazuje, iż w przypadku poprzedniego postępowania prowadzonego przez Zamawiającego (nr ref. DPiZP.2610.4.2022) w analogicznym zakresie na dostarczenie usług MPLS, Odwołujący w wyjaśnieniach RNC zastrzegł otrzymane oferty jako tajemnica przedsiębiorstwa w całości. Świadczy to o tym, że dla Odwołującego treść otrzymanych przez niego ofert stanowi wartość gospodarczą i w jego własnej ocenie powinny być one objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. W konsekwencji niezrozumiałe jest kwestionowanie dopuszczalności dokonania zastrzeżenia tożsamych informacji przez Przystępującego.

Ostatnim elementem podnoszonym przez Odwołującego, jest, iż Orange wskazując wartość gospodarczą na poziomie 21.000.000 zł netto rocznie, nie przedstawił z czego wynika wskazana wyżej kwota.

Zamawiający podnosi, że ustawodawca nie wskazał progu kwotowego, od którego daną informację należy traktować jako wartość gospodarczą, a poniżej którego nie. Tym samym, wskazanie konkretnej kwoty przez przedsiębiorców jest sprawą drugorzędną lub nawet zbędną. Istotnym jest samo wykazanie, iż dane informacje posiadają jakąkolwiek wartość gospodarczą, co Przystępujący wykazał w swoich wyjaśnieniach. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, Przystępujący wskazał na czym polega wartość zastrzeganych informacji i na czym polega ich gospodarcza istotność (vide str. 19 Wyjaśnień). Fakt ignorowania owych wskazań Przystępującego przez Odwołującego i wynikający z owego ignorowania brak jakiejkolwiek polemiki Odwołującego z treścią tych wskazań skutkuje w ocenie Zamawiającego koniecznością uznania stanowiska Odwołującego w tym zakresie za oczywiście bezzasadne a zarazem koniecznością uznania, iż wszelkie uzupełnienia w tym zakresie ewentualnie dokonywane przez Przystępującego po wniesieniu Odwołania stanowić będą niedopuszczalną modyfikację zarzutu.

1.4. Odwołujący zarzuca, iż Przystępujący nieskutecznie zastrzegł wszystkie informacje, wskazane jako tajemnica przedsiębiorstwa, dotyczące:

Kosztu zestawienia i uruchomienia łączy podstawowych i zapasowych usługi teletransmisji danych dla traktów cyfrowych w sieci WAN w oparciu o technologię IP VPN MPLS o wymaganiach przepustowości dla poszczególnych Lokalizacj określonych w Załączniku nr 2 do Umowy – informacje o kosztach instalacji i uruchomienia, informacje o warunkach technicznych jakie posiada Wykonawca dla łączy miedzianych i światłowodowych oraz kosztach inwestycji, informacje o kosztach pozyskania łączy od operatorów OA, informacje o kosztach zapewnienia usługi LTE, dowody nr 7, 8.

oraz

Kosztu zapewnienia usługi transmisji danych na zestawionych dwóch Łączach punkt-punkt, Łączy punkt-punkt 10 GB/s - informacje o kosztach instalacji i uruchomienia, o koszach dzierżawy sieci wewnętrznej, dowód 9.

Odwołujący, kwestionuje wartość gospodarczą wyżej wymienionych kosztów, wskazując, że wycena dotyczy tego konkretnego zamówienia w konkretnych lokalizacjach i nie sposób jest przenieść uzyskanej wiedzy w wyniku odtajnienia dokumentów na płaszczyznę innych postępowań. Odwołujący wskazuje, iż koszty wskazane w tym zakresie w wyjaśnieniach są adekwatne tylko do tych konkretnych lokalizacji, w tym konkretnym okresie, przy danych uwarunkowaniach technicznych i prawnych.

Jednocześnie sam Odwołujący wskazuje na możliwość ogłoszenia w przyszłości przez Zamawiającego postepowania w analogicznym zakresie (a co za tym idzie w tych samych lokalizacjach), twierdząc jednak, iż w tym czasie Wykonawca może poczynić dodatkowe inwestycje, może zmienić się technologia, inny może być termin wdrożenia i okres realizacji prac budowlanych.

Odwołujący w swoich wywodach posługuje się często stwierdzeniem „może", co samo już wskazuje na całkowitą teoretyczność podawanej przez niego argumentacji. Odwołujący tym samym nie podaje zupełnie niczego co uprawdopodobniałoby tezę, iż zastrzeżone informacje mają znaczenie wyłącznie do niniejszego Postępowania.

W ocenie Zamawiającego, skoro informacje dotyczące rozwiązań zastosowanych na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia mogą mieć zastosowanie do innych zamówień w szczególności także do ewentualnego kolejnego postępowania na niniejszy przedmiot zamówienia, to z całą pewnością można stwierdzić, że know-how zastosowane obecnie będzie miało wartość gospodarczą dla Przystępującego także i w przyszłości. Trudno sobie wyobrazić, iż w przeciągu kilku lat zmieni się w całości koncepcja świadczenia usługi dostępu do sieci i jeszcze trudniej sobie wyobrazić, iż usługa ta będzie realizowana w zupełnie innych lokalizacjach. Zamawiający wprawdzie dokonuje zmian lokalizacji w toku wykonywania przedmiotowego zamówienia, jednakże są to zmiany o stosunkowo niewielkiej skali. Co więcej, rozwiązania zastosowane w przedmiotowym postępowaniu mogą zostać wdrożone w zamówieniach realizowanych ma rzecz innych podmiotów.

Wbrew wywodom Odwołującego zawartym w pkt 34 na str. 10 Odwołania, z których ma wynikać, że ujawnienie zastrzeżonych informacji nie ma znaczenia dla ewentualnego dostosowania cen przez konkurentów, należy wskazać, iż zastrzeżone w tym zakresie informacje mają z tego punktu widzenia istotne znaczenie. W szczególności dotyczą one przecież właśnie tego jakie koszty jacy dostawcy oferują Przystępującemu. Jak już wyżej wskazano informacje takie mają kapitalne znaczenie dla podmiotów konkurencyjnych. Dzięki nim bowiem mogą one dostosowywać swoją taktykę negocjacyjną do znanych im już warunków, w szczególności cenowych, osiągniętych przez ich konkurenta, jakim jest Przystępujący. Oczywiście sam fakt, iż Przystępujący posiada określoną infrastrukturę czy to, że musi pozyskać określoną infrastrukturę sam przez się nie stanowi o tym, że konkurenci będą w takiej samej sytuacji (vide wywody Odwołującego w pkt 34 Odwołania). Nie o to tu jednak zupełnie chodzi. Istotne jest to, że w ujawnione zostaną koszty ponoszone przez Przystępującego dotyczące czy to własnej czy to pozyskanej infrastruktury, to zaś powoduje, iż konkurenci Przystępującego wejdą w posiadanie wiedzy pozwalającej na ocenę jaki poziom kosztowy należy uzyskać, aby uzyskać przewagę nad Przystępującym, czy też z jakimi podmiotami prowadzić negocjacje, aby osiągnąć taką przewagę, lub zniwelować przewagę Przystępującego.

Twierdzenia zwarte w pkt 35 Odwołania dotyczące jawności informacji w zakresie dostępności kanalizacji i słupów w ramach narzędzia Orange ISI-PIKO, są twierdzeniami odnoszącymi się jedynie do wąskiego zakresu informacji. Sam Odwołujący nie twierdzi, że w narzędziu tym są dostępne pełne informacje o infrastrukturze Przystępującego. W szczególności brak w narzędziu tym informacji o łączach niepoprowadzonych w kanalizacji, czy też o łączach dzierżawionych przez Przystępującego od innych podmiotów.

Odwołujący wskazuje również, iż Orange nie przedstawił jak wyliczył oszacowaną wartość gospodarczą utajnionych informacji, wpisując ją „z palca".

Ustawodawca nie wskazał progu kwotowego, od którego daną informację należy traktować jako wartość gospodarczą, a

poniżej którego nie. Tym samym, wskazanie konkretnej kwoty przez przedsiębiorców jest sprawą drugorzędną lub nawet zbędną. Istotnym jest samo wykazanie, iż dane informacje stanowią jakąkolwiek wartość gospodarczą. Odwołujący nie wywodzi zupełnie niczego w zakresie tego, z jakiego powodu owe informacje miałyby nie mieć wartości gospodarczej. Przystępujący w treści uzasadnienia dokonanego zastrzeżenia wskazał z czego wywodzi wartość gospodarczą

zastrzeganych informacji. Fakt uchylenia się przez Odwołującego od polemiki z owym uzasadnieniem nie może stanowić o zasadności zarzutu w tym zakresie. Ewentualne uzupełnienia zaś argumentacji po wniesieniu Odwołania należy uznać za spóźnioną modyfikację zarzutu.

1.5. Odwołujący zarzuca, iż Przystępujący nieskutecznie zastrzegł wszystkie informacje, dotyczące kosztu zapewnienia systemu monitorowania – informacje o kosztach zakupu i utrzymania systemu, kosztach wdrożenia i utrzymania infrastruktury serwerowej, dowody nr 10 i 11

Odwołujący lakonicznie wskazuje, iż „Orange nie wykazał, że są to informacje techniczne, technologiczne lub organizacyjne. Nie wykazał również wartości gospodarczej tych informacji", nie podając jednak jakich elementów zabrakło, żeby można było uznać zastrzeżoną informację jako tajemnica przedsiębiorstwa. W takim stanie rzeczy trudno nawet wejść w polemikę z Odwołującym, gdyż tak naprawdę nie wiadomo co kwestionuje, tym samym należy uznać, że w tym zakresie zarzut ma charakter blankietowy.

Jednocześnie Odwołujący powiela twierdzenia użyte we wcześniejszej części odwołania wskazując, iż „Koszty zakupu i utrzymania systemu monitorowania są ustalane odrębnie dla każdego postępowania, gdyż dotyczą konkretnych wymagań konkretnego zamawiającego. Nie jest więc prawdą, że ujawnienie tych informacji spowoduje ujawnienie know-how Wykonawcy czy jakiekolwiek przysporzenie po stronie Odwołującego. O ile informacje te nie mogą być wykorzystane na potrzeby innych postępowań, o tyle ich ujawnienie pozwoli na weryfikację prawidłowości kalkulacji ceny oferty i zgodności z warunkami zamówienia."

Podobnie jak w przypadku opisanym już powyżej, istnieje duże prawdopodobieństwo realizacji zamówienia u Zamawiającego w analogicznym zakresie po wygaśnięciu umowy zawartej w wyniku przedmiotowego postępowania. I jeżeli chociaż część rozwiązań zastosowanych przy realizacji przedmiotowego zamówienia może mieć zastosowanie podczas kolejnego postępowania, to z całą pewnością można stwierdzić, że know-how zastosowane obecnie będzie miało wartość gospodarczą dla Orange. Trudno sobie wyobrazić, iż w przeciągu kilku lat zmieni się w całości koncepcja świadczenia usługi dostępu do sieci i jeszcze trudniej sobie wyobrazić, iż usługa ta będzie realizowana w zupełnie innych lokalizacjach. Co więcej, niewykluczone jest, że rozwiązania zastosowane w przedmiotowym postępowaniu chociaż częściowo mogą zostać wdrożone w zamówieniach realizowanych u innych podmiotów.

Metodologia zarówno świadczenia jak i jego wyceny dobrana przez Przystępującego może znaleźć zastosowanie także dla kontraktów zawieranych z innymi podmiotami niż Zamawiający.

Przystępujący w uzasadnieniu zastrzeżenia przeprowadził wywód w tym zakresie. Okoliczność uchylenia się przez Odwołującego od polemiki z tym wywodem nie może skutkować uznaniem zarzutu za zasadny.

Okoliczność, iż koszty świadczenia usługi dla różnych zamawiających będą różne (pkt 38 Odwołania) nie oznacza braku możliwości zastosowania tej samej czy podobnej metody świadczenia czy metodologii wyceny. Odwołujący uchylił się całkowicie od polemiki z uzasadnieniem dokonanego zastrzeżenia i nie może już tej wady zarzutu skutecznie sanować.

Odwołujący wskazuje ponadto, iż „W treści uzasadnienia tajemnicy zamieszczonego na str. 21-22 Wyjaśnień nie wskazano uzasadnienia dla dokonanego przez Orange utajnienia w zakresie przyjętej czasochłonności ww. zakresu tj. utrzymania systemu monitorowania oraz wdrożenia i utrzymania infrastruktury serwerowej oraz koszów roboczogodziny przyjętych do wyliczenia kosztów realizacji tego zakresu."

Zamawiający wskazuje, iż wywody Odwołującego w powyższym zakresie pozostają bez związku z treścią Wyjaśnień.

Odwołujący wskazuje również, iż Orange nie przedstawił jak wyliczył oszacowaną wartość gospodarczą utajnionych informacji, wpisując ją „z palca". Zastosowanie znajdzie tu argumentacja podawana już powyżej dla tego rodzaju wywodów Odwołującego. Wskazanie przez Odwołującego, iż nie wie co oznacza konkretne zdanie stanowiące element uzasadnienia zastrzeżenia wydaje się być zabiegiem sztucznym, wobec oczywistości znaczenia sfomułowania użytego przez Przystępującego.

1.6. Odwołujący zarzuca, iż Przystępujący nieskutecznie zastrzegł wszystkie informacje dotyczące Kosztu świadczenia Usługi MPLS – kosztu utrzymania sieci szkieletowej i dostępowej Wykonawcy, informacji o wysokości kosztów pracy osób zaangażowanych do świadczenia usług, dowody nr 1, 13, 14, 15, kosztu obsługi zgłoszeń serwisowych, kosztów

związanych z minimalizacją ryzyk przyjętych do wyceny.

W ocenie Zamawiającego uzasadnienie zarzutu w tym zakresie stanowi w istocie rzeczy powielenie argumentacji przytoczonej w pkt 14 – 25 Odwołania. Zastosowanie wobec niej znajduje zatem zaprezentowane już powyżej stanowisko Zamawiającego wskazane w odniesieniu do tego zakresu zarzutu.

Dodać należy w tym miejscu, iż wywody Odwołującego zawarte w pkt 49 Odwołania referujące do wskazania wartości gospodarczej na tym samym poziomie odnośnie do informacji zawartych w pkt 1 i w pkt 6 wyjaśnień i wywodzące z tej okoliczności oderwanie od realiów owych wskazań wartości, także nie zasługują na uwzględnienie. Wynika to już z tej przyczyny, że ujawnienie informacji o różnym zakresie może skutkować szkodą czy utratą korzyści o podobnej bądź tożsamej wysokości, w konsekwencji czego samo wskazanie tożsamych kwot wartości gospodarczej dla danych informacji w żaden sposób nie przesądza ani nawet nie wskazuje na oderwanie takich danych od realiów.

2.Ad. Zarzutu RNC

Odwołujący wskazuje, iż nie została mu udostępniona najistotniejsza część Wyjaśnień, co miało uniemożliwić mu odniesienie się do wyjaśnień i argumentacji w nich przedstawionej. Niemniej jednak Odwołujący stoi na stanowisku, pomimo tego, iż jak wskazuje nie poznał najistotniejszych elementów wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, iż zaoferowana kwota przez Orange jest z całą pewnością kwotą rażąco niską.

W ocenie Zamawiającego z powyższymi tezami Odwołującego nie sposób się zgodzić. W szczególności należy wskazać, że zakres zastrzeżeń informacji dokonany przez Przystępującego nie uniemożliwia Odwołującemu zapoznania się z najistotniejszymi w punktu widzenia zarzutu elementami metodologii wyceny oferty przez Przystępującego.

Zaniechanie przez Odwołującego inicjatywy w zakresie wywodzenia, iż oferta Przystępującego jest obarczona ceną rażąco niską nie może stanowić podstawy do uwzględnienia zarzutu. Wręcz przeciwnie skutkuje koniecznością uznania go za bezzasadny.

Odwołujący stosuje metodę pomijania milczeniem istotnej części jawnych Wyjaśnień Przystępującego. Szczególnie jaskrawym przykładem owego zabiegu jest eksploatowanie argumentacji referującej do rzekomo koniecznych do poniesienia znaczących kosztów budowy nowej infrastruktury przez Przystępującego. W tym miejscu należy tymczasem wskazać, iż w treści (w jawnej części) wyjaśnień Przystępującego wskazano na zestawienie i świadczenie usług w oparciu o łącza światłowodowe i radiowe dzierżawione od innych operatorów w lokalizacjach, w których rozbudowa własnej infrastruktury wymagałaby wysokich nakładów (vide str. 7 Wyjaśnień). Zagadnienie to zostało omówione dalej w Wyjaśnieniach (str. 8) w ich części zastrzeżonej. Załączono także stosowne dowody potwierdzające poprawność przyjętych do wyceny założeń.

Odwołujący nie wykazuje jakiejkolwiek inicjatywy w wywodzeniu jakież to w jego ocenie koszty winny zostać uwzględnione, a w szczególności w jakiej wysokości. Biorąc pod uwagę profesjonalny charakter działalności Odwołującego, wiedzę o wymaganiach wynikających z SWZ, wiedzę o konkretnych

(wskazywanych zresztą przez samego Odwołującego) lokalizacjach, zaniechania w tym zakresie należy uznać za obciążające Odwołującego. Przeniesienie ciężaru dowodzenia w zakresie rażąco niskiej ceny na wzywanego do wyjaśnień wykonawcę, nie zwalnia Odwołującego z obowiązku wykazania inicjatywy, w szczególności także dowodowej, w zakresie popierania własnych twierdzeń. Odwołanie tymczasem stanowi w istocie zbiór gołosłownych też o konieczności poniesienia jakichś rzekomo znacznych, ale zupełnie nie wiadomo jakich nakładów przez Przystępującego, nieuwzględnionych w Wyjaśnieniach. Ewentualne uzupełnienia w tym zakresie po wniesieniu Odwołania należy uznać za spóźnioną modyfikację zarzutu.

Odwołujący wskazuje, iż samo zwrócenie się Zamawiającego do Wykonawcy z wezwaniem do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, ustanawia domniemanie zaoferowania ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Należy jednak zauważyć, iż Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w związku z wystąpieniem przesłanki określonej w art. 224 ust. 2 pkt 1), tj. zaoferowana cena jest niższa o co najmniej 30 % od wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego. Istotnym jest tutaj fakt, iż nie została spełniona druga przesłanka wezwania do złożenia wyjaśnień w wyżej przywołanym przepisie, tzn. zaoferowana kwota nie była niższa o co najmniej 30 % od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu.

Zamawiający wskazuje, że w jego ocenie to właśnie średnia arytmetyczna cen ze złożonych ofert bardziej odpowiada aktualnej sytuacji na rynku niż kwota ustalona przez Zamawiającego na etapie szacowania wartości zamówienia. Tu zaś

rozbieżność pomiędzy ofertą Odwołującego i Netia S.A. a ofertą Przystępującego nie jest tak istotnego rzędu.

Odwołujący w dalszej części Odwołania wskazuje, iż Orange zaoferował wykonanie zamówienia za kwotę niższą o ok. 4 mln zł od pozostałych Wykonawców, jednocześnie oferując największą liczbę łączy podstawowych w lokalizacjach BP w technologii światłowodowej oraz największą liczbę łączy zapasowych w technologii kablowej lub radiowej (innej niż GSM), tzn. generujących najwyższe koszty.

Zamawiający wskazuje, iż Przystępujący jest największym operatorem telekomunikacyjnym w Polsce i posiada najbardziej rozbudowaną sieć w technologii światłowodowej w Polsce, z roku na rok jeszcze ją powiększając, czego nie kwestionuje też Przystępujący.

Zamawiający podnosi, iż z okoliczność usiłowania przez Przystępującego (i nie tylko przez niego) doprowadzenia do zmiany ukształtowania SWZ w Postępowaniu w sposób względniejszy dla wykonawców nie sposób obecnie wywodzić czegokolwiek co do zasadności przedmiotowego zarzutu Odwołania. Tym bardziej, iż żaden z wykonawców , w tym Przystępujący, w uprzednich postępowaniach odwoławczych nie wykazał w żaden sposób braku zdolności do uczynienia zadość terminom przewidzianym w SWZ.

kosztów. Nie podaje jednak niczego co do choćby rzędu wielkości tych kosztów.

Zamawiający podnosi, że fakt zastrzeżenia przez Przystępującego części informacji, w szczególności co do przyjętego kosztu realizacji łącza w danych lokalizacjach nie stał na przeszkodzie inicjatywie Odwołującego, która winna polegać na wskazaniu, na jakim poziomie owe koszty wg. niego winny się kształtować. Odwołujący jest w tym zakresie całkowicie bierny.

Zamawiający wskazuje, iż z treści wyjaśnień i załączonych do nich dowodów wynika, że wszelkie koszty związane z wykonywaniem pracy zostały uwzględnione w kalkulacji dokonanej przez Przystępującego. Uwzględnione zostały też koszty dostawy sprzętu (str. 5 Wyjaśnień).

Zamawiający wskazuje, że w ostatnich latach dokonał się ogromny postęp w branży teleinformatycznej, gdzie nawet klienci indywidualni, zamieszkujący tereny wiejskie mają możliwość doprowadzenia łącza światłowodowego do domów jednorodzinnych, o miastach powiatowych, w których to mieszczą się biura powiatowe ARiMR, nie wspominając. Powoływanie się Odwołującego na dane sprzed siedmiu lat nie ma żadnego uzasadnienia

W ocenie Zamawiającego złożone Wyjaśnienia są wystarczające do uznania, iż oferta Przystępującego nie jest obarczona rażąco niską ceną.

W zakresie wniosku Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego należy uznać, iż wniosek został złożony jedynie dla zwłoki.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Skład orzekający po dokonaniu oceny stanu faktycznego w sprawie, mając na względzie zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz mając na uwadze treść przepisu art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia stwierdził, że postawione przez odwołującego zarzuty nie znajdują potwierdzenia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, zatem rozpoznawane odwołanie, jako nieposiadające uzasadnionych podstaw, zostało przez Izbę oddalone.

Zarzuty i żądania odwołania jako niesporne i również przytoczone przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, nie wymagają powtórzenia.

Należy także zauważyć, że po wszczęciu postępowania odwoławczego, przeważająca część informacji obejmujących treść wyjaśnień dotyczących wysokości ceny zaoferowanej, została udostępniona odwołującemu.

Izba uznała za uzasadnione argumenty przedstawione przez zamawiającego w ślad za otrzymanymi od wykonawcy przystępującego wyjaśnienia w sprawie ceny oferty.

Rzeczywiście Orange zaoferował wykonanie zamówienia za kwotę niższą o ok. 4 mln zł od pozostałych Wykonawców, jednocześnie oferując największą liczbę łączy podstawowych w lokalizacjach BP w technologii światłowodowej oraz największą liczbę łączy zapasowych w technologii kablowej lub radiowej (innej niż GSM), tzn. generujących najwyższe koszty.

Istotne jest w takim stanie rzeczy, że przystępujący jest największym operatorem telekomunikacyjnym w Polsce i posiada najbardziej rozbudowaną sieć w technologii światłowodowej w Polsce, z roku na rok jeszcze ją powiększając.

Infrastruktura wykonawcy, a nadto rozwój technologii w branży telekomunikacyjnej umożliwia wykonać szereg usług po konkurencyjnych cenach, a wyjaśnienia, które, jak wyżej wskazano, zostały udostępnione, są w zakresie ceny wiarygodne i potwierdzają realność wynagrodzenia oczekiwanego za obsługę zamawiającego.

Z treści wyjaśnień i załączonych do nich dowodów wynika, że wszelkie koszty związane z wykonywaniem pracy zostały uwzględnione w kalkulacji przystępującego. Uwzględnione zostały też koszty dostawy sprzętu.

W ocenie składu orzekającego złożone wyjaśnienia są wystarczające do uznania, iż oferta kwestionowana nie jest obarczona rażąco niską ceną. Wobec dokonania całościowej oceny przedmiotu zaskarżenia Izba uznała za zbędne przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego wnioskowanego w odwołaniu.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzekła jak w sentencji. Brak potwierdzenia się zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący:……